

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Sull'attitudine unificatrice del diritto privato dell'Unione europea

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/99788> since

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Sull'attitudine unificatrice del diritto privato dell'Unione europea

1. – *Codice e «strumento opzionale»*

Sul piano etimologico, un *codex* è semplicemente un libro compatto e cucito sul dorso (in tempi moderni, com'è noto, la locuzione trovasi adoperata per la prima volta per il *Codex Maximilianus bavaricus civilis* del 1756): in senso traslato esso viene utilizzato per indicare un insieme di regole scritte necessarie e sufficienti per dirimere potenzialmente qualsiasi lite annoverabile in un settore del diritto definito in maniera sostanzialmente arbitraria (i confini disciplinari immediatamente anteriori alla codificazione ottocentesca ricomprendevano ad esempio il diritto penale in quello civile).

All'unicità del testo normativo corrisponde non soltanto una consultazione più agevole ma soprattutto l'idea di assicurare il pari trattamento giuridico delle situazioni eguali indipendentemente dal soggetto al quale esse spettino o appartengano.

Il *code civil des Français* è quindi il codice per antonomasia, proprio perché non distingue gli uomini nei loro differenti stati soggettivi e non ne differenzia il relativo trattamento giuridico, riferendosi a quel ristretto insieme di regole, che da allora si è soliti catalogare nel diritto civile (essendo in tal modo necessariamente accompagnato da altre codificazioni «minori» dedicate alla procedura civile e a quella penale, al diritto penale e a quello commerciale).

Comporre un codice, o parte di esso, significa imitare quel modello, anche per la sua concisione e per la forma sobria ed elegante degli enunciati, espressi sempre in maniera chiara, sintetica e ben comprensibile dalle persone comuni.

Per questo, si è soliti ritenere che non sia propriamente un codice, almeno nel senso appena ricordato, l'ALR, nonostante la sua indiscutibile perfezione formale, l'uso della lingua tedesca in luogo di quella latina (sino a allora consueta per le trattazioni legali) e ancora il nitore di molte costruzioni giuridiche che ne fanno comunque un vero e proprio monumento di sapienza giuridica. Non vi si rinviene infatti da un canto una netta distinzione tra gli ambiti disciplinari mentre dall'altro vi si trovano nettamente di-

stinti gli stati soggettivi della nobiltà, dei cittadini e infine dei contadini liberi e dei servi.

Né il tentativo di superare il modello francese contrapponendogliene un altro – come il BGB – sembra in fondo completamente riuscito (e certo tale giudizio non potrà riuscire più benevolo dopo gli improvvidi interventi riformatori della *Schuldrechtmodernisierung*). La «macchina calcolatrice giuridica *par excellence*» ha infatti spesso smarrito l'esigenza coesistente all'idea di codice: secondo la formula fortunata di Portalis, il «*Tout simplifier*» accompagnato dall'espresso e consapevole rifiuto del «*Tout prévoir*» ⁽¹⁾.

Assai distante dall'idea del codice era poi l'ultimo tra i numerosi tentativi di codificazione del diritto patrimoniale comune dello scorso anno, noto come *optional instrument*, oppure anche come *feasibility study*, che è stato predisposto da un Gruppo di esperti all'uopo nominato ⁽²⁾.

Com'è noto, il vice presidente della stessa Commissione e Commissario alla giustizia – Viviane Reding – intendeva fare di quel testo un regolamento facoltativo, al quale le parti avrebbero potuto fare riferimento in alternativa al diritto nazionale applicabile al contratto secondo le regole di diritto internazionale privato ⁽³⁾.

L'intento di pervenire a un simile esito è apparso immediatamente a dir poco velleitario, anche se in quello stesso discorso si diceva chiaramente che «*quality is as important as good timing*» ⁽⁴⁾. Coniugando l'efficientismo imprenditoriale con i classici luoghi comuni di fine millennio (la globalizzazione dei mercati o l'assimilazione tra i diritti e le lingue differenti), si pensava così di poter accomodare facilmente le cose per

⁽¹⁾ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*.

⁽²⁾ Cfr. RIESENHUBER, *A Competitive Approach to EU Contract Law*, in *ERCL*, 2011, p. 115 ss. e DORALT, *Rischi e opportunità del Regime Opzionale*, in *Resp civ. prev.*, 2011, p. 1208 ss.; DONADIO, *Diritto contrattuale comunitario e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *questa rivista*, 2011, p. 649 ss.

⁽³⁾ *The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers*, in *Towards a European Contract Law*, ed. by Schulze and Stuyck, München, 2011, p. 15, «This can be achieved by proposing a legal instrument on European Contract Law that is voluntary and optional. That can be chosen by businesses and consumers and then serves as basis for their transactions. That does not replace existing national contract law, but that would exist alongside it. Such a voluntary and optional European Contract Law instrument would also respect the important principle of freedom to contract, which guides all my work on contract law».

⁽⁴⁾ *The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers*, in *Towards a European Contract Law*, cit., p. 28.

tutti coloro che non riescono a rassegnarsi al fatto che è il legislatore a scrivere gli enunciati, mentre gli interpreti possono se mai limitarsi a criticarli.

Il testo originariamente era assai lungo e complesso (si articolava in otto parti che si sviluppavano in ben 189 articoli) ⁽⁵⁾. Esso somigliava non a un codice delle obbligazioni e dei contratti ma piuttosto a uno zibaldone raffazzonato di istituti costretti a convivere l'uno accanto all'altro, avendo poco o punto in comune tra loro. Vi si ritrovava ad esempio (e non sempre comprensibilmente) la responsabilità precontrattuale, il diritto dei consumatori, la compravendita e – chi più ne ha più ne metta – anche la prescrizione.

L'idea è tramontata ancor prima di quanto si immaginasse e si è ripiegato oggi su un progetto di Regolamento «relativo a un diritto comune europeo della vendita» ⁽⁶⁾.

2. – *La scarsa attitudine unificatrice del diritto comunitario*

Dopo una serie numerosa di rilevanti interventi del legislatore comunitario sul diritto dei contratti – limitandosi a quelli di maggiore impatto, si possono evocare la direttiva 93/13 sulle clausole vessatorie, la 99/44 sulla vendita di beni di consumo o la 2000/35 sui ritardi nei pagamenti – viene da domandarsi quanto ne siano state influenzate le nostre norme preesistenti. Una sia pur sommaria indagine sulla giurisprudenza forense in argomento dimostra che queste, ben lungi dall'essersi ammorbidite per dialogare con quelle «europee», si sono se mai irrigidite, piegandosi su sé stesse con la ripetizione di quelle stesse letture degli enunciati che erano venute consolidandosi prima dell'avvento delle nuove regole.

Per quanto riguarda le condizioni generali di contratto, ad esempio non risulta sicuramente scalfito l'atteggiamento col quale il giudice di legittimità ha sempre ritenuto tassativo – e non suscettibile di alcune integrazione da parte dell'interprete (al quale è tuttavia consentito un non ben chiaro intervento ermeneutico «estensivo») – l'elenco contenuto nell'art. 1341, cpv., c.c. ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801).

⁽⁶⁾ COM(2011) 635.

⁽⁷⁾ Cass., 11 maggio 2011, n. 10332, in *Guida dir.*, 2011, 29, p. 49 (s.m.); Cass., 9 luglio 2009, n. 16124, *ivi*, 2009, 37, p. 31 (s.m.); Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 186; Cass., 27 aprile 2006, n. 9646, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 843 ss.

Né si dica che l'impermeabilità del sistema contrattuale interno alle nuove norme dipende dal fatto ch'esse si trovano confinate nel codice del consumo, visto che per un decennio queste ultime hanno albergato serenamente nel testo del codice civile.

Non si tratta neppure di immaginare che un simile atteggiamento dipenda da scarsa conoscenza delle regole sopravvenute, posto che il numero di saggi e di convegni sull'argomento è assai superiore numericamente a quelli che si erano sino ad allora occupati dell'analoga disciplina codicistica. Né si può addebitare quella chiusura soltanto alla netta cesura tra i due ambiti di applicazione delle regole, che il nostro legislatore ha inteso realizzare: non occorrerebbero a ben vedere spericolate acrobazie ermeneutiche se si volesse estendere la disciplina consumeristica a quella comune.

Ci si sarebbe potuti accontentare almeno di rinvenire qua e là un'intonazione nuova del discorso interpretativo oppure qualche accenno alla possibilità di rinvenire un'ispirazione, un segno, per leggere il nostro vecchio diritto. Ma così non è stato.

A voler ricercare una causa a ogni costo si potrebbe forse supporre che possa aver ostacolato un possibile « dialogo » tra le due discipline la non ragguardevole frequenza con la quale la Cassazione si è dovuta occupare degli artt. 1469 *bis* ss. c.c. prima e degli artt. 33 ss. c.cons. poi (le decisioni pubblicate sono in media tre all'anno). Il trascurabile rilievo economico, che caratterizza i contratti stipulati tra professionisti e consumatori (sempre che non li si consideri in maniera aggregata), e i costi accresciuti dei procedimenti avanti le giurisdizioni superiori, sconsigliano infatti alle parti di rivolgersi al giudice di legittimità. Tutto ciò, anche se non è difficile immaginare ch'esse possano essere rimaste insoddisfatte dell'esito della lite, visto che questa è d'ordinario attribuita alla competenza di un organo – come il Giudice di pace – che non sempre si è fatto apprezzare per l'argomentazione brillante e condivisibilità delle soluzioni raggiunte.

Il discorso potrebbe essere ripetuto per la vendita di beni di consumo, la quale per giunta perveniva ai nostri interpreti con un retroterra culturale già ben consolidato, come quello della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, e riguardava un settore – i vizi materiali del bene compravenduto – ove la confusione interpretativa regnava già sotto il codice del 1865. Basta ricordare che già Gorla ⁽⁸⁾ scriveva che « l'incertezza, la difficoltà, la delicatezza di questa materia sono pari alla sua importanza

⁽⁸⁾ *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, vol. VII, 1, Torino, 1937, p. 121.

pratica, sì che essa è teatro delle liti più serie come dei cavilli più ricercati». Dal canto suo, la *Relazione del Ministro al Codice Civile* (n. 670) avvertiva che «la statistica impressionante delle liti in questo settore (*scil.* in quello della garanzia dovuta dal venditore per i vizi e i difetti della cosa) e i riflessi gravi sull'economia stessa del contratto – avrebbero (per altro senza successo) – indotto ad affrontare e risolvere il problema in modo unitario circa i termini e le condizioni per l'azione, pur non giungendo alla parificazione integrale, adottata da alcune legislazioni straniere».

Eppure in questa materia non sono mancati gli studi che hanno cercato di far dialogare la disciplina, sin dalla fase in cui la direttiva doveva essere attuata⁽⁹⁾, e quegli stessi studi non si sono certamente arresi anche quando il legislatore aveva compiuto la sua scelta di mantenere una rigorosa discriminazione tra la vendita codicistica, quella di beni di consumo (la quale aveva sia pure in una prima fase avuto ingresso nel testo del codice) e quella internazionale di cose mobili⁽¹⁰⁾.

È allora singolare, e sicuramente non si può fare a meno di segnalarlo, come sia in costante ascesa il fenomeno della circolazione di modelli e il dialogo tra le corti dei differenti paesi europei, mentre si debba constatare che gli ordinamenti interni – si ripete: neppure per ciò che riguarda l'intonazione del discorso argomentativo – permangano sordi e muti quando si tratti di trapiantare fuori dal loro ristretto terreno di competenza le regole di provenienza comunitarie, che pure vivono accanto a quelle comuni. Né del resto si può sostenere che il fenomeno riguardi solamente la disciplina consumeristica: quella sull'agenzia o sui ritardi nei pagamenti commerciali non sembra infatti dare indicazioni di segno contrario (anche se si deve riconoscere che sarebbe stato non facilissimo immaginare quelle soluzioni fuori dall'ambito di applicazione del decreto).

3. – *L'attitudine unificatrice del diritto facoltativo sulla compravendita*

In questo quadro, viene allora da chiedersi se il diritto facoltativo possa riuscire là dove il diritto imposto non è riuscito; ci si domanda cioè se potrà

⁽⁹⁾ V., per tutti, M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in questa rivista, 2000, p. 403 ss. nonché ID. et al., *Un progetto per l'attuazione in Italia della direttiva 1999/44/CE (dalla redazione torinese della rivista)*, ivi, 2001, p. 156 ss. e CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, ivi, 2000, p. 463 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I. *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007.

annidarsi progressivamente in ciascuno degli ordinamenti nazionali sino a diventarne parte integrante, come qualsiasi altra parte di un sistema giuridico – oppure resterà una sorta di corpo estraneo, per lo più noto agli studiosi e ai professionisti specializzati in contenziosi transfrontalieri (in prevalenza discussi da collegi arbitrali, come è noto, piuttosto che nelle aule ordinarie di giustizia) ma pressoché ignorato nella gran parte delle aule giudiziarie.

Questa volta l'intento dovrebbe essere perseguito da un testo dedicato esclusivamente alla compravendita ⁽¹¹⁾: esso dovrebbe costituire – sono parole della *Relazione* ⁽¹²⁾ – «un secondo regime di diritto dei contratti all'interno dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro. Se le parti avranno convenuto di applicare il diritto comune europeo della vendita, le sue saranno le sole norme nazionali vigenti per le materie rientranti nel suo campo di applicazione. Alle materie rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita non sarà possibile applicare nessun'altra norma nazionale».

La scelta in apparenza, dal punto di vista dell'intento unificatore, sarebbe da condividere e andrebbe incoraggiata: lo stesso Betti, che pure era un critico feroce (e forse un poco ingeneroso) del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, riconosceva invece come simili tentativi potessero sortire qualche utile effetto, quando non fossero rivolti alla disciplina generale ma alle «materie speciali mature, in cui già oggi il grande commercio [avesse] creato specie di consuetudini generali, espresse di solito nelle clausole di contratti-tipo» ⁽¹³⁾. E tra queste non può ovviamente non ascrivere la compravendita.

Si è tuttavia che, se lo si riguarda attentamente, nel testo proposto – molto lungo e articolato (e certamente piuttosto distante da quelle consuetudini commerciali di cui si diceva) – la disciplina della compravendita sembra qui più che altro l'occasione, se non il pretesto, per riproporre il vecchio testo di regolamento opzionale dedicato alla disciplina generale del contratto. Vi si trova disciplinata infatti tutta una serie di istituti – come le informazioni precontrattuali, la conclusione del contratto, i vizi del consenso, l'interpretazione, le clausole abusive o la prescrizione – che poco o punto hanno a che fare strettamente con l'*emptio venditio*.

Se si guarda poi all'esperienza della Convenzione di Vienna, forse ancor

⁽¹¹⁾ COM(2011) 635 def. 2011/0284 (COD) Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita.

⁽¹²⁾ V. p. 6 del testo italiano.

⁽¹³⁾ *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 668.

più che a quella già evocata della Direttiva 99/44, verrebbe da dire poi che il destino unificatore del regolamento opzionale sia già segnato mestamente e che, almeno nei decenni a noi vicini, non si percepirà alcuna apprezzabile influenza sulle regole sinora applicate, né sulla disciplina della vendita «codicistica», né tanto meno su quella generale dei contratti. Sono infatti rarissime quelle sentenze del giudice italiano (ma lo stesso si potrebbe dire per molti manuali istituzionali sui quali gli studenti, e futuri avvocati e giudici, si formano), ove una questione interpretativa in tema di compravendita si trova risolta, o almeno argomentata, riferendosi alle soluzioni utilizzate nell'applicazione del testo convenzionale.

In più, si vorrebbe rinnovare il diritto per unificarlo proprio lì dove già opera la Convenzione di Vienna, che si trova ratificata nella maggior parte dei Paesi che compongono l'Unione – pur con qualche limitata, anche se rilevante, eccezione (Irlanda, Malta, Portogallo e Regno Unito ⁽¹⁴⁾) – e che per giunta non si applica essenzialmente in quelle materie dove il diritto è già armonizzato (vendite ai consumatori) oppure dove la vocazione transazionale è scarsamente percepibile (vendite di diritti immobiliari).

Viene allora da chiedersi se non converrebbe alle autorità politiche europee adoperarsi per procurare la ratifica della Convenzione da parte di chi l'ha sino a oggi rinviata e favorire occasioni di studio e pubblicazioni destinate a farla conoscere meglio, piuttosto che affiancarle imitazioni riuscite più o meno bene.

⁽¹⁴⁾ Le ragioni che deporrebbero contro la ratifica sarebbero essenzialmente il timore di Londra di perdere il proprio prestigio esclusivo come sede arbitrale, il timore di assistere a un'esplosione del contenzioso e dei relativi costi; v. Moss, *Why the United Kingdom has not ratified the CISG*, in *Journal of Law and Commerce*, 2005, p. 483 ss.